

PARECER JURÍDICO

**DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 2023.1403.001/2023-SESMA
DA: ASSESSORIA JURÍDICA DO MUNICÍPIO**

PARA: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

REF.: Dispensa de Licitação nº 2023.1403.001/2023-SESMA – Processo Administrativo nº 2302001/2023-CGL/ATM

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA(S) PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAIS E INSUMOS PARA SERVIÇOS DE FISIOTERAPIA, PARA ATENDER A SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE/FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE-FMS, ESPECIFICAMENTE AS ATIVIDADES MANTIDAS PELO HOSPITAL GERAL DE ALTAMIRA SÃO RAFAEL – HGASR NÚCLEO INTEGRADO MULTIDISCIPLINAR – NIM, E ACADEMIA DE SAÚDE.

EMENTA: *Direito Administrativo. PMA – Dispensa de Licitação – Pregão Fracassado –Compatibilidade do valor de mercado. Possibilidade legal. Lei 8.666/93.*

Sra.

Presidente da Comissão Permanente de Licitação

Trata o presente expediente de solicitação de análise jurídica acerca do procedimento de contratação direta, fundamentada no art. 24, inciso V , da Lei de Licitações. A contratação justifica-se na necessidade da Prefeitura Municipal de Altamira, mais especificamente a Secretaria Municipal de Saúde/SESMA, em atender suas demandas com a contratação de empresas do ramo pertinente para o fornecimento de materiais em geral para prestação de atendimento à saúde.

Foi realizada o Processo Licitatório Pregão Eletronico nº 071/2022, que teve sua abertura no dia 21/09/2022 e que, teve como fracassados os itens itens 05, 07, 08, 09, 10, 24, 26, 27, 28, 29, 35, 39 e 42, e os 12, 13, 20, 22, 30, 31, 32 e 33, como desertos.

Houve republicação e nova abertura para propostas no dia 07/02/2023, para nova tentativa de licitar tais itens, contudo os mesmos restaram fracassados, conforme Ata anexa ao processo.

A escolha para a Dispensa de Licitação recaiu forte para as empresas: **IDISTRIBUIDORA NOGAMI LTDA - CNPJ: 03.782.783/0001-09**, para fornecimento dos materiais e insumos para serviços de fisioterapia dos itens **01, 02, 04, 09 e 19**, com o valor total de R\$ 11.829,00 (ONZE MIL OTOCENTOS E VINTE E NOVE REAIS); **R F BARILE LTDA – CNPJ: 29.230.269/0001-46**, para fornecimento dos materiais e insumos para serviços de fisioterapia dos itens **03, 05, 06, 07, 10 e 11**, com o valor total de R\$ 7.547,50 (SETE MIL QUINHENTOS E QUARENTA E SETE REAIS E CINQUENTA CENTAVOS) e a empresa **D P AGUIAR LTDA – CNPJ: 33.834.782/0001-13**, para fornecimento dos materiais e insumos para serviços de fisioterapia dos itens **08, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20 e 21**, com o valor total de R\$ 4.328,40 (**QUATRO MIL TREZENTOS E VINTE OITO REAIS E QUARENTA CENTAVOS**).

Relatado o pleito, emite-se o parecer:

A função de um órgão de consultoria jurídica é indicar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para resguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada. Importante salientar que, como o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica, parte-se da premissa de que, em relação a estes, a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

A licitação é procedimento obrigatório à Administração Pública para efetuar suas contratações, consoante preceitua o art. 37. Inciso XXI da Constituição Federal, ressalvados os casos em que a Administração pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando-se dispensada, dispensável e inexistente.

A respeito do tema, Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 295), assim giza:

"Como é usual se afirmar, a 'supremacia do interesse público' fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratação da Administração Pública – o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se a Administração a adotar um procedimento em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras."

Da análise da situação fática aqui disposta, efetivamente ocorrida a anterior licitação fracassada, afigura-se possível, com considerável segurança jurídica, desde já, a contratação direta, configurada a situação prevista no art. 24, da lei nº 8.666/93, mais especificamente, em seu inciso V.

Segundo a Lei Federal nº 8.666/93, em hipóteses tais, a Administração Pública pode realizar a contratação direta das referidas aquisições, mediante contratação direta, conforme artigo 24, inciso V do referido diploma *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

V - Quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

Ademais, considerando que já foi realizado um Pregão Eletrônico e uma republicação que resultou fracassado para os itens mencionados neste processo. Assim, como estabelecido na Lei Federal 8.666/93 em seu Art.

48. Serão desclassificadas, *in verbis*:

Art. 48
(...)

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

A administração deve obedecer 2 requisitos para a hipótese elencada no relatório, a cerca da dispensa de licitação pretendida, quais sejam: a) Realização de procedimento licitatório frustrado; e, b) Prejuízo à administração em caso de repetição.

Diante disso, verifico que o Pregão Eletrônico nº 071/2022, que teve sua abertura no dia 21/09/2022 e que, teve como fracassados os itens 05, 07, 08, 09, 10, 24, 26, 27, 28, 29, 35, 39 e 42, e os 12, 13, 20, 22, 30, 31, 32 e 33, como desertos.

Referente ao segundo requisito, do prejuízo à Administrativo para a realização de novo procedimento, não é viável para administração aguardar novos prazos exigidos na Lei para a abertura de outro processo licitatório, fato que, caso não se contrate as empresas para tal fornecimento, o Município poderá ter sérios problemas principalmente no que se refere ao atendimento as demandas da Secretaria Municipal de Saúde de Altamira/PA.

Neste contexto, pode-se dizer que o prejuízo ultrapassa a esfera meramente financeira (custos com a realização de novo certame) e passa a afetar a própria satisfação da necessidade administrativa, que corre o risco de permanecer desatendida enquanto se insiste numa licitação, ao que tudo indica, fadada ao fracasso.

Conforme entendimento da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, que adotou raciocínio em sentido similar no Acórdão nº 4.748/2009 “*a licitação fracassada gera o mesmo efeito de uma licitação deserta quando esses certames não puderem ser repetidos sem prejuízo para a Administração.*”

Portanto, na hipótese de caracterização de licitação fracassada, poderá a Administração deflagrar procedimento de contratação direta, com fulcro no inciso V, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, a teor da expressão “*quando não acudirem interessados à licitação anterior*”.

Entretanto, cumpre salientar que, embora dispensável a licitação, os requisitos exigidos no art. 26 da lei n. 8 666/93 são de cumprimento obrigatório para as dispensas admitidas com base no art. 24, V, quais sejam: a) caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; b) razão da

escolha do fornecedor ou executante; c) justificativa do preço; d) juntada de propostas comerciais devidamente assinadas, ou caso tenham sido requeridas e enviadas através de e-mail, juntada das mensagens eletrônicas que as ensejaram.

Ainda quanto aos requisitos, é estritamente necessário o respeito ao princípio da isonomia, no que se refere as condições de contratação estabelecidas, sendo elemento essencial, caso contrário, ter-se-á desrespeitado não apenas o princípio da isonomia, mas também o da busca pela contratação mais vantajosa, pois, se os novos termos tivessem sido estipulados desde o início, poderiam ter atraído a efetiva participação e competição entre os fornecedores do ramo, com o sucesso da licitação.

Portanto, os valores ofertados pelas empresas, estão condizentes com os valores de mercado, cotado através de pesquisas realizadas com empresas da região e do Estado, conforme consta nos autos do processo;

Assim, é absolutamente fundamental que as mesmas condições da licitação deserta/fracassada sejam reproduzidas e praticadas na contratação direta como reforçado pela Consultoria Zênite (Revista Zênite ILC nº 146, abril/2006, Seção Perguntas e Respostas, p. 328):

“(...) deve-se esclarecer que, por uma questão de isonomia, deverão ser mantidas no contrato celebrado por dispensa todas as condições exigidas para fins de habilitação e de execução do contrato.”

Desta forma, verifico a regularidade do procedimento em relação à razão da escolha e justificativa do preço, em virtude do laudo técnico, conforme constam nos autos do processo de dispensa.

Por outro lado, fora obedecido o prazo para que as empresas apresentem outras propostas para buscar sanar as falhas que ensejaram a desclassificação, conforme art. 24, inciso VII, c/c art. 48, §3º, da Lei 8666/1993, assim como, entendimento do TCU, mostrado abaixo.

1. É irregular a contratação direta com fundamento em licitação fracassada sem que antes tenha sido concedido o prazo de oito dias úteis às empresas participantes do certame para apresentação de outras propostas escoimadas das falhas que ensejaram a desclassificação (art. 24, inciso VII, c/c art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993). Ao apreciar relatório de auditoria que teve por escopo apurar irregularidades na condução de processos licitatórios no âmbito do Instituto Militar de Engenharia (IME), o Plenário do TCU, por meio do Acórdão 640/2015, retificado pelo Acórdão 1182/2015, determinou a instauração de tomada de contas especial. Entre as irregularidades investigadas nessa TCE, mereceu destaque a “realização da Dispensa de Licitação 002/2009, para a reforma do Rancho do IME, orçada em R\$ 557.348,50, com fundamento em licitação fracassada (art. 24, inciso VII, c/c art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993), sem que tivesse sido concedido o prazo de oito dias às empresas participantes da licitação para apresentação de outras propostas escoimadas das falhas”. A aludida reforma havia sido licitada mediante o Pregão 46/2009, em 7/12/2009, porém todas as propostas enviadas apresentaram montantes superiores ao orçado (R\$ 557.348,50). Como não houvera redução dos valores propostos pelas licitantes, dias após, em 18/12/2009, foi lançado o Pregão 76/2009, com objeto idêntico, o qual, no entanto, acabou sendo “abandonado” para a realização do procedimento de dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso VII, da Lei 8.666/1993. Ouvido em audiência, o ordenador de despesas do IME aduziu, em síntese, que a dispensa de licitação fora motivada pelo exíguo prazo para término do exercício financeiro, e que a empresa contratada teria sido a única a concordar em realizar a obra de reforma do rancho pelo preço de referência estimado no projeto básico (R\$ 557.348,50). Ao apreciar a matéria, o relator ressaltou a responsabilidade do ordenador de despesas do IME pela realização de dispensa de licitação em descumprimento aos arts. 24, inciso VII, e 48, § 3º, da Lei 8.666/1993, dispositivos que foram transcritos em sua proposta de deliberação: “Art. 24. É dispensável a licitação: VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo terceiro do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços.” [...] “Art. 48. Serão desclassificadas: (...) § 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.”. Com base nesses dispositivos legais, o relator considerou que a dispensa de licitação seria

admitida se, na hipótese de haver certame anterior com preços incompatíveis e transcorrido o prazo de oito dias úteis para a apresentação de novas propostas, ainda persistisse tal situação. Ponderou, contudo, que, no caso concreto, o processo de Dispensa de Licitação 002/2009 “foi reconhecido e ratificado” em 14/12/2009, apenas cinco dias úteis após a licitação fracassada, ou seja, antes do prazo legal de oito dias úteis. Tal falha, para o relator, acarretara a celebração de avença com a empresa contratada em detrimento de possíveis outras empresas que eventualmente pudessem apresentar melhores ofertas para o IME. Entendeu ainda que a justificativa do ordenador de despesas para deixar de esgotar todos os meios possíveis para a realização de um certame com ampla concorrência, com base no exíguo prazo para término do exercício financeiro, não seria suficiente para justificar a irregularidade. A responsabilidade no caso, arrematou o relator, deveria ser atribuída não só ao ordenador de despesas, que reconheceu a dispensa e celebrara o contrato, mas também ao parecerista jurídico, igualmente ouvido em audiência, por não haver chamado a atenção, em seu parecer, para o não cumprimento do disposto no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993. Assim sendo, nos termos propostos pelo relator, o Plenário decidiu aplicar ao ordenador de despesas e ao parecerista jurídico, por essa e outras irregularidades que lhes foram imputadas na TCE, a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, sem prejuízo do julgamento das contas de ambos pela irregularidade.

Acórdão 756/2022 Plenário, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.

Isto posto, manifesto-me da seguinte forma:

Favorável à Dispensa de Licitação com base no art. 24, V, haja vista o atendimento das finalidades precípuas da Prefeitura Municipal de Altamira, Secretaria Municipal de Saúde/SESMA, desde que haja o cumprimento das formalidades no artigo 26 da lei, exigindo-se toda a documentação pertinente ao caso, ademais pelo que segue.

Da Minuta do Contrato:

A regulamentação dos contratos administrativos encontra-se prevista no artigo 54 e seguintes da Lei n.º 8.666/93, tendo o art. 55, da referida norma, previsto quais são as cláusulas que necessariamente deverão estar consignadas nos chamados contratos administrativos, sendo as seguintes:

- I - o objeto e seus elementos característicos;*
 - II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;*
 - III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;*
 - IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;*
 - V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;*
 - VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;*
 - VII - Os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;*
 - VIII - os casos de rescisão;*
 - IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;*
 - X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;*
 - XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;*
 - XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;*
 - XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.*
- § 1º (VETADO).*
- § 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.*

Na minuta do contrato em epígrafe, se fazem presentes todas as cláusulas exigidas pela legislação.

Faz-se necessária ainda, a justificativa a Previsão de recursos orçamentários e adequação orçamentária e financeira da despesa. Quanto à Regularidade fiscal e trabalhista, cumpre demonstrar, por ocasião da celebração de cada contratação, a situação de regularidade fiscal e trabalhista de cada empresa a ser contratada.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, entende esta consultoria jurídica pela viabilidade da contratação direta mediante dispensa de licitação com fulcro no art. 24, V, da Lei 8.666/93 para a Contratação de pessoa jurídica do ramo pertinente, para fornecimento de materiais e insumos de fisioterapia, para atender a Secretaria Municipal De Saúde/Fundo Municipal De Saude - FMS, em razão do Pregão Eletrônico nº 071/2022, fracassado e com itens desertos, desde que mantidas todas as condições pré-estabelecidas, podendo ser dado prosseguimento ao processo e seus ulteriores atos.

Ressalvado o caráter opinativo desta alçada jurídica, e com o inarredável respeito ao entendimento diverso, este é o parecer.

Altamira/PA, 29 de março de 2023

RAFAEL DUQUE ESTRADA DE OLIVEIRA PERON
ASSESSORIA JURÍDICA
OAB/PA Nº 19.681

TARCISIO DE ANDRADE PEREIRA
ASSESSORIA JURÍDICA
OAB/PA Nº 34.050